Encyclopedia of Economic Law Journal
Homepage: http:// lawecon.um.ac.ir

Research Article
Vol. 29, No. 22, Fall-Winter 2022, p. 257-288

Solving the Issue of Agency Problem in the Building Pre-sale Process by the Notary in the light of the "Contracting Project Management" Theory

Nasrin Tabatabai Hesari[1]
Assistant Professor of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran (Corresponding Author)
Soroush Safizade[2]
Ph.D student in Private Law, Faculty of Law, University of Tehran(Farabi College)

Received: 2022/02/25
Revised: 2022/05/30

Abstract

The expansion of urbanization,raised raised the issue of housing and construction development as a necessity.In this regard, the legislator, by creating a contract called pre-sale of buildings, in addition to facilitating access to affordable housing, helped finance construction projects. However, the pre-sale contract is like a sapling that simply plants it without taking measures for its care and management, dries it up. the lack of a management-monitoring model in the building pre-sale process has been a serious issue in the pre seller-pre buyer relationship which has created many problems. Therefore, the question is how to achieve a legal mechanism for efficient management of the pre-sale process.

To answer this question, this article, based on the method of desk research and referring to documents in collecting information, along with descriptive-analytical researching method, first of all, considered the issue of Payment supervision and arbitration in disputes as the most challenging issues in buyer-seller relations. And in the framework of the study of the role of the notary in the pre-sale process in foreign law and the opinions of experts in

1- Nasrintaba@ut.ac.ir
2- Safizade.soroush@ut.ac.ir

the field of the capacities of the notary system, has presented a model to answer this question based on the rationale of the agency issue in economics and using the theory of contracting project management centered on the role of the notary.

Keywords: Pre-sale contract, Law of Construction, Notary, Contracting management project, Payment supervision, Arbitration
JEL: K12,K25,J52

INTRODUCTION

For a long time, housing has been considered as one of the fundamental human necessities. Despite that, the market full of housing demands always increases the price ,putting consumers in a situation where they don't have enough cash to buy a house. On the other hand, the lack of sufficient capital for housing construction, also discourages builders from building and developing housing. These challenges forced governments to set a solution to meet housing necessities and deal with housing price inflation. In this regard, the creation of a legal nature under the title of "pre-sale contract" is the most important measure of legal systems to manage the housing market.

As the pre-sale contract provided the capital of the builders and the housing necessity of non capital consumers, it is efficient model; but it should be noted that “the pre-sale” is like a young seedling that simply planting it without taking measures for its proper care and maintenance will either dry it up or divert it from its original path with a gust of wind. The presence of many consultants on the side of the pre-seller against the pre-buyer,who provides for the abuses and opportunism of the seller in the form of numerous payments, only in the hope that he will finally settle in his house and the construction project will be completed, clearly illustrates this unequal position.

In addition to this problem that only harms the consumer, the issue of dispute resolution is the problem that involves both parties in a huge loss. Because the pre-sale, in addition to the technical and expertised points that forces the judges to use official court expert in this field,can delay the litigation due to the fact that it has a combined nature of ownership and obligation. If this delay is during the implementation of the project, in addition to the high legal and expert fees, it can also cause a long-term stoppage of the construction project.

In order to deal with these challenges, provisions were made in the building pre-sale law of 2010. On the one hand, in order to monitor the implementation of the project and also to organize payments based on the progress of the project, articles 12 to 14 of this law provided an institution called "supervisor engineer". Also, in order to resolve the disputes between pre-buyer and pre-seller quickly, professionally and lawfully, article 20 of this law foresees the arbitration board.

However, these provisions were so ineffective that in the explanatory

introduction of the building pre-sale bill, which was submitted to the Parlimant in 2019, three of the fifteen defects of the basic pre-sale law of 2010, which prevent the correct implementation of this law, are related to The type of of the supervisor engineer's monitoring and the arbitration boards of the law.

Based on this, the general question that can be asked in this research is what challenges exist in the field of managing the pre-sale process in regulations and how these challenges can be solved.

PURPOSE

The contracting agreement as the most important contract in the field of "Construction Law" has provided a solution under the title of ""Contracting Project Management Theory" to solve the problems same as aforementioned challnges. This theory, which seeks to establish contractual justice between the contracting agreement's parties and to deal with the opportunism of the contracting parties, is based on the necessity of the presence of a "third party" to monitor the contractual relations and the actions of the contractor, to facilitate payments to him from the employer, and to arbitrate the settlements between the parties. However, the application of this theory to the pre-sale contract is a subject that requires a legal analysis of the issue by answering three questions. First, What are the execution problems of pre-sale regulations in the field of supervisor engineer and arbitration board? Second, What is the solution of project management theory to solve these problems? Third, If the theory is applied to pre-sale contracts, who is the competent third party as the adminstrator of the pre-sale contract?

This research with a comparative view aims to implement the theory of contracting project management in the Iranian pre-sale process, focusing on the role of the notary. For this purpose, it first deals with the pathology of the role of the supervisor engineer and the arbitration board in the current pre-sale regulations. In the next step, while explaining the theory of "contracting project management" and comparing the characteristics of the project manager with the notary, it explains the solutions of this theory to overcome the explained problems, focusing on the role of the notary. Finally, proposals are made about increasing the role of the notary in pre-sale contracts.

METHOLOGY

This research is based on the method of desk research and referring to documents in collecting information, along with descriptive-analytical researching method.

FINDING

Pathological discussions in the field of pre-sale indicate that the two main issues in the relationship between the buyer and the seller are the issue of monitoring payments and arbitration in disputes.

In the field of payment, in the initial draft of the pre-sale law approved in 2010, it was foreseen that payment should be under the supervision of the

bank. In this way, the pre-seller was obliged to open an account with local banks so that the installments of the contract are deposited into this account. Also, in order to adapt the payment to the progress of the project, the payment of installments was subject to the confirmation of the progress of the project according to the contract, by the supervisor engineer. But none of these two solutions were included in the approved text.

On the one hand, the Parlimant, with the slogan of facilitating the pre-sale process, removed the method of payment through the banking account and replaced it with installment bills according to which the pre-buyer is obliged to go to the pre-seller after each payment and receive the installment bill. An issue that carries a lot of risk for the pre-buyer. It is enough for him to forget to receive his bill from the pre- seller after paying the installment to be forced to pay again.

In addition to this, the need to monitor the payements by supervisor engineer, despite the initial approval of the parliament, was strangely not included in the approval of the Parlimant and it was approved that only in cases which the pre-buyer thinks that the construction operations did not proceed according to the contractual provisions, to make the payment subject to the supervisor engineer's report.

These issues, which are caused by the continuous relationship between the seller and the buyer, necessitate the presence of a supervisory body to manage the pre-sale process.

In construction contracting agreements, this is called project management theory, according to which, in order to avoid the cost of the agency problem, it is necessary to appoint a person as the manager of the construction process, who has sufficient mastery of the subject and can manage the project based on the law and the provisions of the contract and in addition to the quickness in assigned matters, be careful enough.

According to the mentioned theory, in the Iranian legal system, the only institution that adapts to the characteristics of the manager in the theory of contracting project management and can become the administrator of this matter in such a way as to impose the least cost on the contractors, is the notary of the contract.

CONCLUSION

The proposals of this research to the legislators and policy makers in the field of pre-sales, are presented in three paragraphs based on the theory of project management:

A) The pre-buyer's obligation to pay the installment is subject to the approval of the supervisor engineer regarding the technical progress of the project and its compliance with the provisions of the contract on the part of the notary.

B) Instead of using installment bills in payments which causes direct financial communication between the seller and the buyer or using an account under the supervision of the bank which increases transaction

costs, use the deposit account solution of the notary office. In this regard, while amending the laws in order to recognize the legal personality of the notary office and grant the right to open an account to this person, it is necessary to make the pre-buyer pay installments to the said account. On the other hand, it is also necessary that the payment to the pre-seller has to be subject to the review of the project status and confirmation of obligatory performances by the notary.

C) Due to the importance of the quickness and cheapness in the pre-buyer and pre-seller dispute settlement process, it is suggested that the arbitration board be reduced to individual arbitration. Also, considering the expertise and sufficient mastery of the notary on the provisions of the pre-sale contract and emphasizing the professional ethics of notaries on the necessity of impartiality as one of the requirements, instead of using an arbitrator at the discretion of the parties or appointing an arbitrator by the Chief Justice, the notary who prepares the pre-sale document should be appointed as an arbitrator in resolving the dispute between the parties.

REFERENCES

[1] Abasi Dakani, Kh.(2008), *Deeds Registration Law*,Tehran:Mizan[in Persian]

[2] Allensworth,W Ross J.,A., Overcash, A. , and Patterson, C.(2009), *Construction Law*, Chicago:American Bar Association.

[3] Azimi Zadeh, M.(2016), *The Comparison Between Enforcement of Civil Verdicts and*

[4] *Enforcement of Enforceable Documents*, Faculty of Law & Political Science, Allameh tabatabaei University[in Persian]

[5] Bailey,J.(2011) ,*Construction Law*,Oxon:Routledge.

[6] Bastani Namaghi, R., Piri, J., Rahmani, A.S., Mohammadi, M.R.(2018), *Analysis and pathology of building pre-sale law*, Tehran: Press and Publication Center of the Judiciary.[in Persian]

[7] Davoudabadi, M.(2017), "Pathology of pre-sale law with a look at French law", *Journal of Eda'lat Private Law*,4(8),29-56[in Persian]

[8] Darvishi, B. & Mohseni, V.(2011), "A look at how to select and qualify notaries in Iranian and French legal systems", *Azad Law Researches Quarterly*, 4(14),76-116. [in Persian]

[9] Eftekhar Jahromi, G., abdolkarimi, H. (2018). "Studying of theories issued in nature of pre_sale contract with the focus on Building Pre_sale Act (Enacted in 2011)", *Journal of Law Research*, 21(81), 11-33. [in Persian]

[10] Farhadi, H., Shams, A. (2022), "Judiciary through the quasi-judicial authorities of the Judge of the Dispute Resolution Council", *Culmination of Law*, 7(4), 54-83[in Persian]

[11] Foroutani Rad, H.(2013),*A Study of the Position of Notaries from the Perspective of Public Law*, M.A thesis, Faculty of Law & Political Science, Islamic Azad University(Central Tehran Branch). [in Persian]

[12] Ghassemi, M.(2009), *Formalism in Civil Law*, Tehran:Mizan[in Persian]

[13] Glock, S. (2004), *Real property Law project- France*, EUI-Real Property Law, European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum,Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg.
[14] Godwin, William(2015), *International Construction Contracts: A Handbook*, translated in Persian by M.S. Jaberi,Tehran:Tisa[in Persian]
[15] Godwin, W. (2020) , *The 2017 FIDIC Contracts*, Hoboken:Wiley.
[16] Goldfayl, G.(2004), *Construction contract administration*,Sydney: University of New South Wales Press Ltd.
[17] Islamic Parliament Research Center (IPRC)(2008), *Expert opinion on the building pre-sale bill*", available at: https://rc.majlis.ir/en/report/show/731035, <last visited: 17/11/2021>,[in Persian]
[18] Jaberi, M.S(2017),*Construction Law*,Tehran:Mizan.[in Persian]
[19] Jensen, M. and Meckling,W.(1976), "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", Journal of Financial Economics,3(4),305-360 .
[20] Katouzian, N.(2017),*Iranian Civil Law. Specific Contracts*, Vol 1,Tehran: Enteshar Co. [in Persian]
[21] Keisandokht, Gilda(2012), "The Role of the Notary in Development of National Legal Order", *Quarterly Journal of Private Law Research*,1(2), 137-165[in Persian]
[22] Khodarahmi, N.(2012), *apartment pre-sale Contract in Iranian law*,M.A tehsis,Faculty of Law & Political Science,Allameh Tabatabai University[in Persian]
[23] Malavet, P.(1996), "Counsel for the Situation: The Latin Notary, A Historical and Comparative Model", *Hastings Int'l & Compo L. Rev.*,19(3), 389-488.
[24] Mirhoseini, S.H.(2012) *Description of the decisions of the Supreme Council of Registration*, Tehran:Mizan[in Persian]
[25] Mousavi, S. and , Zeheiri, A. (2016),"Review pre-sales contracts and building partnership law in Iran", *International Journal of Humanities and Cultural Studies*, Special Issue (April 2016),2659-2663.
[26] Najafi Abrand Abadi,A.,Hashem beige,H.,(1998), *Encyclopedia of Criminology*,Tehran:SBU Publisher[in Persian]
[27] Nazemi,S.(2009)," Installment receipt and the dignity of its issuance", *Kanoon Journal*,N. 96. [in Persian]
[28] Ploeger,H., van Velten,A. and Zevenbergen,J.(2005), Real Property Law and Procedure in the European Union(Report for the Netherlands), European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum,Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg.
[29] Safai,S. (1998). A few words about the innovations and shortcomings of international commercial arbitration act, Law & Political science Journal,N. 40, 5-39[in Persian]
[30] Sarvi, M.B.(2011),"Analysis of the position of arbitration in the law of pre-

sale of buildings”, *Qezavat Journal*, N. 70, 6-8[in Persian]

[31] Schmid, H.,Hertel,C. and Wicke,H.(2005), *Real Property Law and Procedure in the European Union*, EUI-Real Property Law, European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum,Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg.

[32] Seyedi Arani, S. (2019). “IRAN'S NOTARY OFFICES AND THE NEED TO REVIEW THEIR IMPLEMENTATION METHOD”, *Law Quarterly*, 49(2),311-328. [in Persian]

[33] Shams, S.(2019), *Ways of Execution of Civil Judgments*, Tehran:Derak[in Persian]

[34] Shiravi,A.(2021),*International Commercial Arbitration*,Tehran:Samt[in Persian]

[35] Sokouti, N., Hoseinzadeh, J. (2017). “Nature, Features and Jurisdiction of Arbitration in Building Pre-sale Act”, *Private Law*, 14(2), 283-307[in Persian]

[36] Tabatabai Hesari, N.(2014). *Basics and the effects of the land registry system*, Tehran: Enteshar Co.[in Persian]

[37] Tabatabai Hesari, N.(2017), *The role and function of the Deeds and Real Estate Registry Organization and its Authorities*, Tehran: Press and Publication Center of the Judiciary. [in Persian]

[38] Toosi, A.(2014), *Economic Analysis of Corporate Law*, Tehran: Shahre Danesh Press. [in Persian]

[39] Tabatabai, S.(2017) ,”The Nature, Terms and Legal Effects of Presale or Pre-Construction Contracts of Building (Apartment)”, *Journal of Politics and Law*, 10(1): 228-233.

[40] 25th International Congress of Notaries.”Theme I:The Notarial act as an instrument of developement in society”, available online: <https://www.uinl.org/documents/20181/73053/temai-conclusiones_en/f4130b2e-10c4-4d88-af65-eaaf7f39cbb5>, Accessed at 2021/2/2, (2007).

[41] Valavion,R.(2002) “Sale of unbuilt apartments”, *Law and Politics Research*, No. 4,31-44[in Persian]

[42] Zare,M., Salimi,M. (2015). “Introduction to Arbitration in International Commercial Litigation”, *Journal of Law and Politics*, 11(4), 47-64. [in Persian]

[43] Zarnegar, F.(2006), *Pre-sale contract of the building*, Faculty of Law, Shahid Beheshti University. [in Persian]

مقاله پژوهشی

حل مسألهٔ هزینه نمایندگی فرآیند پیش‌فروش ساختمان توسط سردفتر در پرتو نظریهٔ «مدیریت پروژه پیمانکاری»

نسرین طباطبائی حصاری[1]

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران(نویسندهٔ مسئول)

سروش صفی‌زاده[2]

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تهران(پردیس فارابی)

تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۰۵/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۲۱

چکیده

گسترش شهرنشینی، تامین مسکن و توسعهٔ ساخت‌وساز یک نیاز است. به همین منظور قانونگذار با ابداع قرارداد پیش فروش ساختمان، ضمن تسهیل دسترسی به مسکن ارزان قیمت، به تأمین مالی پروژه‌های ساختمانی نیز کمک کرد. با این حال قرارداد پیش فروش قرارداد به مثابهٔ نهالی است که صرف کاشتن آن بدون اتخاذ تدابیری برای مراقبت و ادارهٔ آن، یا آن را می خشکاند. فقدان تعبیهٔ یک مدل مدیریتی-نظارتی در فرآیند پیش فروش، یک مسألهٔ جدی در روابط پیش فروشنده و پیش خریدار بوده است که می‌تواند منشاء مشکلات عدیده‌ای باشد. لذا پرسش مطروحه آن است که چگونه می‌توان به یک مکانیزم حقوقی مدیریت کارآمد فرآیند پیش فروش دست یافت.

برای پاسخ بدین پرسش، این پژوهش بر مبنای روش جمع آوری اطلاعات کتابخانه ای و مراجعه به اسناد و مدارک، در کنار روش تحقیق توصیفی-تحلیلی، ابتدائا مسألهٔ نظارت بر پرداخت‌ها و داوری در اختلافات را به عنوان چالش برانگیزترین مسائل در روابط خریدار و فروشنده دانسته است و در چارچوب مطالعهٔ نقش سردفتر در فرآیند پیش فروش در حقوق خارجی و نظریات صاحبنظران در حوزهٔ ظرفیت‌های نظام سردفتری، مدلی را برای پاسخ‌دهی به این پرسش براساس مبانی توجیهی مسألهٔ نمایندگی در علم اقتصاد و

1- Nasrintaba@ut.ac.ir
2- Safizade.soroush@ut.ac.ir

بهره‌برداری از نظریهٔ مدیریت پروژهٔ پیمانکاری با محوریت نقش سردفتر ارائه داده است.

واژگان کلیدی: حقوق ثبت، حقوق ساخت و ساز، سردفتر، مدیریت پروژهٔ پیمانکاری، نظارت بر پرداخت، داوری

JEL: K12,K25,J52

مقدمه

مسکن از دیرباز به عنوان یکی از نیازهای اولیه ی بشر مطرح بوده است. با وجود آن از یکسو بازار سرشار از تقاضای مسکن همواره قیمت را افزایش و مصرف کنندگان را در وضعیتی فاقدنقدینگی کافی برای خرید ملک قرار می دهد و از سوی دیگر فقدان سرمایه ی کافی برای ساخت مسکن، سازندگان را نیز نسبت به ساخت و توسعه ی مسکن بی انگیزه می کند. (Tabatabai 2017: 228) این موضوع حاکمیت‌ها را وادار به تنظیم راهکاری برای تامین نیاز مسکن و جلوگیری از تورم حباب مسکن نمود.در این راستا اعتبار قراردادی تحت عنوان «قرارداد پیش فروش ساختمان[1]» مهمترین تدبیر نظام‌های حقوقی برای مدیریت بازار مسکن می باشد. (Tabatabai 2017: 228)اگرچه قرارداد پیش فروش به‌واسطهٔ آنکه سرمایهٔ سازندگان برای ساخت ملک را تامین نموده و نیاز مصرف کنندگانی که سرمایه و نقدینگی لازم برای خرید یک مسکن آماده را ندارند فراهم می سازد، کارآمد محسوب می شود(Mousavi et al 2016: 2670)، اما شایان ذکر است که این قرارداد به مثابه ی نهالی است که صرف کاشتن آن بدون اتخاذ تدابیری برای مراقبت و اداره ی آن،یا آن را می خشکاند یا از مسیر اصلی اش به کلی منحرف می سازد. حضور مشاوران عدیده در کنار پیش فروشنده در برابر پیش خریداری که سو استفاده گری ها و فرصت طلبی پیش فروشنده را تنها به این امید که در نهایت در خانه ی خود سکنی می گزینند و پروژهٔ ساختمانی به اتمام می رسد، در قالب پرداخت‌های عدیده تامین می سازد، این موضع نابرابر را به وضوح به تصویر می‌کشد.(Katouzian 2017:278) در کنار این معضل که تنها مصرف کننده را متضرر می سازد، مقولهٔ حل اختلاف مسئله ای است که هر دو طرف را درگیر ضرری هنگفت می سازد.زیرا پیش فروش ساختمان در کنار مباحث فنی و تخصصی که می تواند

1-Presale Building Contract

با خود به همراه داشته باشد و اساسا قاضـی دادگـاه عمـومی را نـاگزیر بـه اسـتفاده از کارشناسـان و خبرگان ایـن حـوزه مـی نمایـد(Bastani Namaghi, et al, 2018: 160) ، بـه‌واسـطهٔ آنکـه دارای مـاهیتی تلفیقـی از تملیـک و تعهـد اسـت، مـی توانـد دعـوا را دچـار اطالـهٔ دادرسـی نمایـد؛[1] در صورتی‌که این اطاله در حین انجام پروژه باشد، طبیعتا علاوه بر هزینهٔ دادرسی و کارشناسی گـزاف می تواند باعث توقف طولانی‌مدت پروژهٔ ساختمانی نیز گردد.

در راستای مقابلـه بـا ایـن آسـیب‌هـا ،در قـانون پـیش فـروش سـاختمان سـال ۱۳۸۹ تمهیـداتی اندیشیده شد. از یکسو برای نظارت بر اجرای پروژه و همچنین سـازماندهی پرداخـت‌هـا بـر اسـاس میزان پیشرفت پروژه مواد ۱۲ لغایت ۱۴ این قانون نهادی تحت عنوان «مهندس نـاظر» را پـیش بینـی نمود. همچنین در راستای حل و فصل سریع، تخصصی و قانون‌مند اختلافات میـان پـیش‌خریـدار و پیش‌فروشنده ، مادهٔ ۲۰ این قانون هیأت سه نفرهٔ داوری را مورد پیش بینی قرار داد. با این حال ایـن مقررات آنچنان ناکارآمد وضع شدند که در مقدمهٔ تـوجیهی طـرح پـیش فـروش سـاختمان کـه در سال ۱۳۹۹ به مجلس شورای اسلامی واصل گردید، سه نقص از پـانزده نقـص قـانون پـیش فـروش اساسی سال ۱۳۸۹ که مانع از اجرای صحیح این قانون می گردد[2] مـرتبط بـا نـوع نظـارت مهنـدس ناظر و هیات‌های داوری موضوع مادهٔ ۲۰ بود.

قرارداد پیمانکاری به عنوان مهم‌ترین قرارداد حوزهٔ «حقوق ساخت و ساز»[3] برای حل اشکالات مذکور راهکاری تحت عنوان نظریهٔ «مـدیریت پـروژهٔ پیمانکـاری » ارائـه داده اسـت. نظریـه‌ای بـه دنبال برقراری عدالت قراردادی و توازن میان طـرفین قـرداد پیمانکـاری و مقابلـه بـا فرصـت طلبـی متعاقدین می باشد و از لزوم حضور «شخص ثالثی» بـرای نظـارت بـر روابـط قـراردادی ، اقـدامات

۱- به زعم صاحبنظران، دعاوی ملکی دشوارترین دعوای قابل طرح در محاکم دادگستری است و هنگامیکه با چاشنی تفسـیر قـرارداد و تعیین حقوق و تکالیف طرفین نیز همراه شود تکلفی دوچنـدان را در پـی خواهـد داشـت. رک: Tabatabai Hesari 2014:225-231; Schmid et al 2005: 26

۲- بر اساس بررسیهای به عمل آمده، قانون پیش فروش ساختمان مصوب سال ۱۳۸۹ در پانزده محور زیر نقص، ابهام یا تنـاقض دارد و این نقایص و ابهامات و تناقض ها مانع از اجرای صحیح آن و نیل به اهداف قانونگذار خواهد شـد:... ح- معرفـی مهنـدس نـاظر توسـط فروشنده به مرجع صدور پروانه و اختلاف آن با فلسفه نظارت؛... د- تداخل در حیطهٔ حکمفرمایی و نفوذ هیأت داوری، نـاظر و کارشـناس دادگستری. ذ- فقدان شیوه و ضمانت اجرائی ماده(۱۲) ناظر بر پرداخت پول توسط خریدار به‌شرط پیشرفت پروژه

۳-حقوق ساخت و ساز-به انگلیسی Construction Law- مجموعه قواعد حقوقی است که در ارتباط با اجـرای عملیـات سـاخت و مهندسی پروژه اعمال می شود.(Bailey 2011:3)

پیمانکار، تسهیل پرداختی‌ها به وی از جانب کارفرما و داوری در حل و فصل اختلافات سخن می گوید.(Jaberi 2017:44-45) با این حال تطبیق این نظریه بر قرارداد پیش‌فروش موضوعی است که نیازمند تحلیل حقوقی مسأله با پاسخ به سه پرسش است. اولا: اشکالات اجرایی مقررات پیش فروش در حوزهٔ تأسیس مهندس ناظر و هیأت داوری چیست؛ ثانیا: برای حل این اشکالات، پیشنهاد نظریهٔ مدیریت پروژه چیست؛ ثالثا:در صورت اعمال این نظریه در قراردادهای پیش فروش شخص ثالث صالح برای اعطای سمت مدیریت قرارداد پیش فروش کیست.

این پژوهش با نگاهی تطبیقی و مبتنی بر روشی توصیفی-تحلیلی در صدد پیاده سازی نظریهٔ مدیریت پروژه پیمانکاری در فرآیند پیش‌فروش در نظام پیش‌فروش ساختمان ایران با محوریت نقش سردفتر است. برای این منظور ابتدائاً به آسیب‌شناسی نقش مهندس ناظر و هیأت داوری در مقررات کنونی پیش فروش می پردازد. در وهلهٔ بعد ضمن تشریح نظریه ی «مدیریت پروژه پیمانکاری» و تطبیق اوصاف مدیر پروژه با شخص سردفتر ، راهکارهای این نظریه را برای برون رفت از معضلات تبیین شده با محوریت نقش سردفتر تبیین می سازد.در نهایت پیشنهاداتی در خصوص افزایش نقش سردفتر در قراردادهای پیش فروش مطرح می گردد.

۱. آسیب شناسی فرآیندی نظام کنونی پیش فروش

سابقهٔ مقرره گذاری در حوزهٔ پیش‌فروش در حقوق ایران به بعد از انقلاب اسلامی در سال ۵۸ باز می گردد؛جاییکه شورای انقلاب ماده واحده ای تحت عنوان «لایحهٔ قانونی حمایت از پیش خریداران واحدهای مسکونی» به تصویب رساند. عدم موفقیت ماده واحدهٔ مذکور و آیین نامهٔ آن در مدیریت بازار پیش فروش و ایجاد عدالت قراردادی، سیاست‌گذاران را به فکر وضع مقرره‌ای جامع‌تر در این حوزهٔ نوپا انداخت. (Zarnegar 2006:3) بر همین اساس در سال ۱۳۸۶ لایحه‌ای به پیشنهاد قوهٔ قضائیه تدوین گردید و پس از رفت و آمدهای فراوان میان دولت و مجلس از یکسو و مجلس و شورای نگهبان از سوی دیگر، بالاخره در تاریخ ۸۹/۱۰/۱۲ تبدیل به «قانون پیش فروش ساختمان»شد. با وجود جامعیتی که این مقرره نسبت به ماده واحده سال ۵۸ دارد، به زعم کارشناسان و صاحب‌نظران همچنان پس از گذشت یک‌دهه این قانون آن‌چنان که باید در مدیریت فرآیند پیش فروش موفق نبوده است. آسیب‌شناسی نظام پیش‌فروش ایران مقوله‌ای بسیار

وسیع است که ناشی از علل متعددی هم‌چون موانع اجرایی، تغییرات گسترده در طی فرآیند تصویب، فقدان مقررات ماهوی و ... می‌باشد (Eftekhar Jahromi etal 2018:12-13; Davoudabadi 2017:53; Khodarahmi 2012: 14-15) ، لیکن یکی از علل اصلی عدم موفقیت این لایحه که از همان ابتدای تدوین مورد بی‌توجهی نویسندگان آن قرار داشته است، عدم توجه به مدیریت کارآمد فرآیند پیش‌فروش است.موضوعی که بی توجهی به آن اشکالات اساسی در پرداخت ثمن قرارداد و همچنین حل و فصل کارآمد اختلافات میان پیش فروشنده و پیش خریدار بوجود می آورد. در این نوشتار به تشریح این دو مشکل اساسی پیش روی فرآیند پیش فروش می پردازیم که با حضور یک مقام ثالث که وظیفه ی اداره ی این فرآیند را برعهده دارد می‌تواند حل و فصل گردد.

۱. ۱. پرداخت ثمن قرارداد

«لزوم پرداخت آنی ثمن قرارداد» قاعدهٔ عمومی نظام حقوق مدنی در حوزهٔ خرید و فروش است[۱] که در قراردادهای پیش فروش بر اساس ماده ۱۱ قانون پیش فروش ساختمان[۲] تخصیص خورده است.منطق اصلی در این تخصیص حمایت از مناقع پیش خریدار است؛ بر این اساس که شخصی برای پیش خرید یک واحد ساختمانی اقدام می کند قطعا به مقدار کافی وجه نقد ندارد؛زیرا اگر نقدینگی لازم را داشت،مستقیما به سراغ خرید خانه ی آماده می رفت و هیچگاه در صدد انعقاد قرارداد پیش فروش برنمی آمد.(Bastani Namaghi, et al, 2018: 93-94)

با این حال با وجود آنکه اعتبار این مدل پرداخت به نفع پیش خریدار است،اما پیاده سازی آن بدون حضور یک نهاد ناظر کمک چندانی به پیش خریدار نمی کند.زیرا یکی از مشکلات ویژه قراردادهای پیش فروش آن است که منفعت اقتصادی فروشنده اقتضا دارد که ثمن مورد توافق را قبل از اتمام کار –دست کم با توجه به پیشرفت ساخت و ساز- دریافت شود. تامین مالی حتی اگر مبتنی بر پیشرفت پروژه باشد، می‌تواند متضمن خطری بزرگ برای خریداری- معمولا مصرف

۱-ماده ۳۴۴ قانون مدنی – اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع یا تادیه قیمت موعدی معین نگشته باشد بیع قطعی و ثمن حال محسوب است مگر اینکه بر حسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارتی وجود شرطی یا موعدی معهود باشد اگرچه در قرارداد بیع ذکری نشده باشد.

۲-در پیش فروش ساختمان نحوه پرداخت اقساط بهای مورد قرارداد توافق طرفین خواهد بود، ولی حداقل ده درصد (۱۰٪) از بها همزمان با تنظیم سند قطعی قابل‌وصول خواهد بود و طرفین نمی‌توانند برخلاف آن توافق کنند.

کننده- گردد که به اتمام پروژه توسط بساز و بفروش و تأمین امنیت در خصوص هزینه های رفع نقایص ملک پیش فروش شده-که می تواند بسیار زیاد باشد- محتاج است را در بر خواهد داشت.(Schmid et al 2005:69) فقدان این نهاد ناظر حتی اگر پرداخت اقساط در چارچوب پیشرفت پروژه سازماندهی شود، بازهم بواسطه ی آنکه پیشرفت وضعیت پروژه اصولا توسط پیش فروشنده گزارش می شود و او از وضعیت پروژه اطلاعات بیشتری دارد،امکان دارد با ارائهٔ اطلاعات غلط سعی در اخذ اقساط ثمن نماید و تعهدات خود نسبت به تکمیل پروژه را ایفا نکند.(Zarnegar 2006: 100) علاوه بر این فقدان نهاد ناظر می تواند منجر به رابطهٔ مستقیم پیش فروشنده و پیش خریدار در پرداخت اقساط و در نتیجه عدم شفافیت در پرداخت گردد Bastani) (Namaghi, et al, 2018: 95 و از آنجا که اصل بر عدم پرداخت است،این موضوع می تواند دست آویزی برای فروشنده جهت مطالبهٔ مبالغ بیشتر گردد.

این وضعیت نابرابر آنچنان در نظر قانونگذار غیر قابل تحمل آمد که در ماده واحده ی حمایت از پیش خریداران واحدهای مسکونی مصوب ۵۸ شورای انقلاب که به عنوان اولین قانون پیش فروش در نظام حقوقی ایران محسوب می شود، با انتصاب بانک مسکن به عنوان نهاد ناظر بر تناسب پرداختی ها بر مبنای پیشرفت پروژه های ساخت و ساز املاک مسکونی درصدد رفع بخشی از این نگرانی برآمد.[1]در لایحهٔ اولیهٔ قانون پیش فروش که در سال ۱۳۸۶ تقدیم مجلس شورای اسلامی گردید این نگرانی ها بطور جدی تری مدنظر تدوین کنندگان قرار گرفت؛بطوریکه:

اولا؛ به موجب ماهٔ ۱۴ لایحهٔ مذکور به منظور شفافیت در پرداخت پیش فروشنده مکلف به افتتاح حساب نزد یکی از بانکهای داخلی گردید تا اقساط قرارداد به این حساب واریز گردد.[2]

ثانیا؛ به منظور تناسب پرداخت با میزان پیشرفت پروژه،براساس مادهٔ ۱۷ این لایحه پرداخت اقساط ثمن منوط به تایید پیشرفت کار مطابق قرارداد توسط مهندس ناظر گردید.

۱- کلیه پیش‌پرداختها به شرکتهای سازنده شهرکها و یا مجموعه‌های ساختمانی بیش از ده دستگاه، از طرف خریداران باید به حسابی در بانک مسکن به نام همان شرکت واریز گردد و بانک با توجه به پیشرفت عملیات ساختمانی از آن حساب به شرکت وجه پرداخت نماید و شرکتها حق‌وصول مستقیم پول از پیش‌خریداران را ندارند.

۲-پیش فروشنده مکلف است نزد یکی از بانک های داخلی حساب بانکی افتتاح نماید.کلیه وجوه پیش خریدار باید به آن حساب واریز گردد.بانک یادشده موظف است برای دریافت اقساط از پیش خریداران،دفترچه اقساطی صادر نماید.سررسید و مبلغ تمامی اقساط ثمن در دفترچه مذکور قید می‌گردد.پیش‌فروشنده حق وصول مستقیم وجه از پیش خریدار را ندارد.

با این‌حال هیچ‌یک از این دو راهکار ، جایی در متن قانون پیش فروش ساختمان نیافت.

-راهکار افتتاح حساب توسط پیش فروشنده هنگام طرح لایحه در مجلس حذف شد و راهکار استفاده از قبوض اقساطی جایگزین آن شد.[۱] به نظر می رسد دلیل اصلی این تغییر از سوی مجلس را می توان در اظهار نظر کارشناسی مرکز پژوهش ها در خصوص لایحه ی پیش فروش یافت. گزارشی که در مقدمهٔ توجیهی خود یکی از دلایل ارائهٔ چنین گزارشی را تعدیل برخی مقرات و راهکارها و ضمانت اجراهای پیش بینی شده در لایحهٔ پیش فروش دانسته است و بر اساس همین منطق پیشنهاد حذف مادهٔ ۱۴ را ارائه داد. چرا که به عقیدهٔ کارشناسان بواسطهٔ لزوم تنظیم سند رسمی، قبوض اقساطی می تواند جایگزین افتتاح حساب گردد (Islamic Parliament Research Center 2008: 8) این در حالی است بر خلاف استنباط مرکز پژوهش ها مبنی بر دشواری نظام پرداخت بانکی، استفاده از قبوض اقساطی دشواری و تکلف بیشتری در پی دارد. چراکه معمولا ترجیح دائن و مدیون در پرداخت اقساط همواره واریز به حساب بانکی است و مواردی که پرداخت بصورت سنتی –اصطلاحا دستی- صورت می گیرد بسیار نادر است. در چنین وضعیتی، این قبوض باعث بی اعتباری فیش واریز بانکی شده و پیش خریدار را مکلف می سازد تا پس از هر پرداخت به پیش فرشنده مراجعه نموده و قبض قسط را دریافت نماید. موضوعی که می تواند ریسک بسیار زیادی برای پیش خریدار به همراه دارد. کافی است پیش خریداری پس از پرداخت قسط فراموش کند که قبض خود را از پیش فروشنده تحویل بگیرد تا بار دیگر مجبور به پرداخت گردد.بنابراین همانطور که برخی نویسندگان اشاره کرده اند قبوض اقساطی راهکاری بوده است که در قدیم الایام که پیشرفت تکنولوژی و سیستم بانکی به شیوهٔ امروز نبوده است کارآمد تلقی می شده است؛(Nazemi 2009:25-26) لیکن به نظر نمی رسد امروزه،تاسیسی کارآمد محسوب گردد.

-راهکار لزوم تایید مهندس ناظر در خصوص پیشرفت کار بر خلاف راهکار قبلی نه تنها مورد تایید مرکز پژوهش ها قرار گرفت؛بلکه مرکز پژوهش ها برلزوم آمره بودن آن نیز تاکید داشت.

۱- بند ۶ ماده ۲ ،درج شماره قبوض اقساطی برای بها، تحویل و انتقال قطعی را در قرارداد پیش فروش الزامی دانسته است.در تشریح چگونگی پرداخت بر مبنای قبوض مذکور ماده ۳۰ آیین نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ می‌گوید: «در مورد معاملات اقساطی باید قبوض رسمی به عده اقساط صادر و شماره سند معامله و تاریخ تأدیه در آن قید شده به امضای متعهد برسد قبوض مزبور به داین تسلیم و تعداد شماره قبوض آن در ستون ملاحظات دفتر ذکر شده به امضای متعهدٌله خواهد رسید... .»

(Islamic Parliament Research Center 2008: 8-9) لیکن به طرز عجیبی پس از لایحهٔ پیشنهادی هیات دولت ، هیچ نشانی از آن در مصوبهٔ مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۸۹ یافت نشد و تنها این اختیار به پیش خریدار داده شده است تا صرفا در مواردی که عملیات ساختمانی متناسب با مفاد قرارداد پیش رفت نداشت، پرداخت را منوط به گزارش مهندس ناظر نماید[۱].در حالیکه به نظر می رسد منوط ساختن پرداخت به اظهار نظر فنی شخصی که بطور کامل در جریان پیشرفت پروژه قرار دارد و در قبال گزارش خود مسئول است می تواند قوت قلبی برای پیش خریدار جهت اطمینان از پیشرفت صحیح پروژه باشد. در طرح پیش فروش سال ۱۳۹۹ این شیوهٔ نظارتی مهندس ناظر به عنوان یکی از اشکالات قانون پیش فروش در مقدمهٔ توجیهی ذکر گردید، اما جای تعجب است که در طرح مذکور هیچ مقرره ای در بحث نوع نظارت مهندس ناظر گنجانده نشده است و به نظر می رسد در این مورد نیازمند بازنگری است.

۱. ۲. داوری و حل اختلاف در فرآیند پیش فروش

حل و فصل اختلافات میان پیش خریدار و پیش فروشنده به شیوهٔ ارجاع به داوری از جمله نوآوری های قانون پیش فروش است که در بند ۱۱ مادهٔ دو به آن اشاره شده است. بر اساس اصل ۳۴ قانون اساسی که دادخواهی از طریق مراجعه به محاکم دادگستری را حق مسلم هر فرد می داند[۲]،اصولا حل و فصل اختلافات به شیوه ی داوری یک روش استثنائی است که نیازمند تراضی طرفین است.با این حال در قراردادهای پیش فروش این قاعده ی عمومی تخصیص خورده است. بطوریکه به موجب ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان طرفین مکلف به گنجاندن شرط داوری در قرارداد بود و حل و فصل کلیه ی اختلافات ناشی از قرارداد پیش فروش برعهده ی هیات داوران است.در تشریح منطق این استثنا لازم به ذکر است که در حل و فصل اختلافات میان پیش خریدار و پیش فروشنده در فرآیند پیش فروش،سرعت،تخصص و ارزان بودن سه اصل اساسی تلقی می

۱- ماده۱۲ـ درصورتی که عملیات ساختمانی متناسب با مفاد قرارداد پیشرفت‌نداشته باشد، پیش‌خریدار می‌تواند پرداخت اقساط را منوط به ارائه تأییدیه مهندس ناظر مبنی بر تحقق پیشرفت از سوی پیش فروشنده نماید و مهندس ناظر مکلف است به تقاضای هریک از طرفین ظرف یک‌ماه گزارش پیشرفت کار را ارائه نماید.

۲-دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.

شوند.(Sokouti et al, 2017:284) شخصی که به عنوان پیش خریدار در یک قرارداد حضور دارد اگر بداند در صورت اختلاف با پیش فروشنده باید درگیر فرآیند دادرسی شود، سعی می کند به‌جای طرح اختلاف، توقعات نابجای پیش‌فروشنده را برطرف سازد و پروژه را به سرانجام برساند. زیرا:

اولا:این تشریفات یک فرآیند طولانی و زمانبر است؛

ثانیا:شخصی به عنوان حکم میان طرفین است که تخصص لازم در رسیدگی به این موضوع را ندارد و اصولا از کارشناسان خبره برای اظهارنظر استفاده می کند؛

ثالثا:پرداخت هزینۀ دادرسی در کنار هزینۀ کارشناسی توسط پیش‌خریدار او را با هزینه‌ای گزاف مواجه می سازد که با ریسک عدم برگشت در صورت باخت در پرونده مواجه می شود. (Zare et al 2015: 52-54)

رابعا؛ پس از صدور رأی، فرآیند اجرا فرآیندی پیچیده است که با فرآیند توان‌فرسا اجبار محکوم علیه به اجرا همراه است که مدت زیادی به اطاله می‌انجامد؛ در موارد نسبتاً زیادی محکوم له را بسته به مورد، به تمام محکوم به یا عین محکوم به نمی رساند و بر همین اساس پس از گرفتن حکم قطعی نیز معمولاً محکوم له به سازش با محکوم علیه می‌اندیشد.(Shams 2019:17)

با این حال نهاد داوری با شرایطی که در مادۀ ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان تعبیه شده است کم از فرآیند دادرسی ندارد و مشکل چندانی از پیش خریدار برطرف نمی سازد.

اولین انتقادی که می توان به این مقرره وارد داشت تعبیۀ هیات سه نفرۀ داوری است.اگر پیش خریدار در فرآیند دادرسی مکلف به پرداخت هزینۀ رسیدگی دو نفر یعنی قاضی و کارشناس بود در اینجا باید حداقل هزینۀ سه نفر را بپدازد. اگر شخص متضرر می تواند در محاکم به رأی داور اعتراض کند[1] چه تفاوتی میان داور واحد و هیات سه نفره وجود دارد؟در چنین شرایطی طرفین به یک نهاد ناظر برای رهبری و مدیریت قرارداد پیش فروش نیاز دارند و نه هیأتی که اختلاف نظرشان می تواند وضعیتی مشابه اطالۀ دادرسی را بر طرفین تحمیل کند. (Sokouti et al,

---

۱–ماده ۴۹۰ – درمورد ماده فوق هریک از طرفین می‌تواند ظرف بیست روز بعد از ابلاغ رأی داور از دادگاهی که دعوا را ارجاع به داوری کرده یادادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد، حکم به بطلان رأی داور را بخواهد در این صورت دادگاه مکلف است به درخواست رسیدگی‌کرده، هرگاه رأی از موارد مذکور در ماده فوق باشد حکم به بطلان آن دهد و تا رسیدگی به اصل دعوا و قطعی شدن حکم به بطلان، رأی داور متوقف‌می‌ماند.

2017:295)

دومین انتقاد به بحث انتخاب ترکیب داوران باز می گردد. در این ترکیب یک داور از جانب هریک از طرفین و یک داور بصورت مرضی الطرفین انتخاب می شود.این ترکیب داوران اصولا در دعاوی ای موضوعیت می یابد که نیازمند تسلط به قانون نبوده وصرفا بر اساس عدل و انصاف و به شیوه‌ای کدخدامنشی قابل حل باشد[1].در حالی که جنس داوری در قانون پیش فروش،داوری صرفا کدخدامنشانه نیست؛بلکه داور در کنار رعایت عدل و انصاف، باید مسلط به قانون بوده و بر مبنای قانون تصمیم گیری کند. .(Sokouti et al, 2017:294) با توجه به تعبیهٔ نهاد داوری اجباری انتظار می رفت قانونگذار یا یک شخص خاص را به عنوان داور معرفی کند یا حداقل مجموعه شرایطی را برای داوری در قرارداد پیش فروش معتبر بداند. سکوت قانونگذار در این مورد باعث می شود افراد فاقد تخصص سمت داوری را برعهده گیرند و در هنگام حصول اختلاف موضوع به ناچار از نظریه ی کارشناسان خبره بهره جویند و هزینه ای را بر طرح کننده ی اختلاف تحمیل نمایند.(Sarvi 2011:8)

سومین مسأله در باب فرآیند اجراست. مطابق مادهٔ ۴۸۸ قانون آیین دادرسی مدنی، اجرای رأی داور مطابق قواعد قانونی اجرای احکام مدنی است. در این خصوص همانطور که برخی حقوق‌دانان اشاره داشته‌اند، آغاز فرآیند اجرا می‌تواند از چندماه تا چندسال به طول بیانجامد.(Azimi Zadeh 2016:71) همچنین آغاز فرآیند اجرا مستلزم پرداخت نیم عشر اجرایی از سوی محکوم له خواهد بود.[2]

۱-این شیوه ی انتخاب دقیقا همان شیوه ای است که در خصوص طلاق در قانون حمایت خانواده ۵۳،لایحه ی قانونی دادگاه مدنی خاص ۵۸ و قانون حمایت خانواده سال ۹۱ مورد استفاده قرار گرفته است.این موضوع نشان دهنده ی آن است که این شیوه برای حل و فصل کدخدامنشانه ی اختلافات است نه حل قانونی آنها.برای اطلاعات بیشتر در خصوص داوری کدخدامنشانه رک: Safai 1998:24-27

۲- ماده ۱۵۸ هزینه‌های اجرایی عبارت است از: ۱ - پنج درصد مبلغ محکوم‌به بابت حق اجرای حکم که بعد از اجراء وصول می‌شود. در دعاوی مالی که خواسته وجه نقد نیست حق اجراء به ماخذ بهای خواسته که در دادخواست تعیین و مورد حکم قرار گرفته حساب می‌شود مگر اینکه دادگاه قیمت دیگری برای خواسته معین نموده باشد. ۲ - هزینه‌هایی که برای اجرای حکم ضرورت داشته باشد مانند حق‌الزحمه خبره و کارشناس و ارزیاب و حق حفاظت اموال و نظائر آن.

ماده ۱۶۰ پرداخت حق اجراء پس از انقضای ده روز از تاریخ ابلاغ اجراییه بر عهده محکوم‌علیه است ولی در صورتی که طرفین سازش کنند یا بین‌خود ترتیبی برای اجرای حکم بدهند نصف حق اجراء دریافت خواهد شد. و در صورتی که محکوم‌به بیست هزار ریال یا کمتر باشد حق اجراء تعلق نخواهد گرفت.

در تکمیل این موارد،نباید از رویکرد تکثرگرای قانون گذار نیـز غافـل شـد.رویکـردی کـه در کنار اعطای صلاحیت هایی به مهندس ناظر برای حل و فصل برخـی اختلافـات، هیـات داوری سـه نفره ای را نیز برگزیده است که ممکن است در مواردی بـا صـلاحیت هـای مهنـدس نـاظر تـداخل داشته باشد. بر این اساس این پرسش مطرح می شود که چـه مـواردی در صـلاحیت مهنـدس نـاظر است و چه مواردی در صلاحیت هیات داوری.موضـوعی کـه بـه عنـوان یکـی از اشـکالات جـدی قانون پیش فروش در مقدمهٔ توجیهی طرح پیش فروش سـاختمان سـال ۱۳۹۹ نیـز قیـد شـده اسـت. بواسطهٔ ناکارآمدی این نهاد در طرح پیش فروش سال ۱۳۹۹ مجلس شورای اسلامی هیـأت داوری حذف شده است؛هرچند که به موجب بند س مادهٔ ۹ این اختیار برای طرفین وجود دارد کـه شـرط داوری به عنوان یکی از شروط ضمن عقد مطرح سازند.

۲. نظریهٔ «مدیریت پروژه پیمانکاری»: راهکار حل چالش‌های پیش فروش

حضور نهاد مدیریت در پروژه هـای سـاخت و سـاز یکـی از ویژگـی هـای قراردادهـای سـنتی پیمانکاری در حقوق کامن لا محسوب می شد (Godwin 2015:103-105) با این حال امـروزه در عرصهٔ پروژه‌های داخلی و بین‌المللی حضور این نهاد با استقبال مواجه شده است و از آن بـه عنـوان رکن جدایی ناپذیر پروژه های سـاخت و سـاز یـاد مـی‌شـود.(Allensworth et al 2009: 76-80) موضوعی که ریشه‌اش به یک مسألهٔ اقتصادی مهم به نام «مسئله ی نمایندگی یا اصیل-وکیـل[1]» بـاز می گردد. برای تشریح این مساله ابتدا لازم است به تعریف نماینده در علم اقتصـاد و تفـاوت آن بـا مفهوم نماینده در علم حقوق بپردازیم.در علم حقوق نماینده به شخصی گفتـه مـی شـود کـه دارای یک رابطه ی حقوقی خاص با اصیل همچـون عقـد وکالت،ولایت،قیمومـت و غیـره باشـد.ایـن در حالیست که در علم اقتصاد نمایندگی مفهومی به مراتب موسع تـر دارد. میشـل جـن‌سـن[2] و ویلیـام مک‌لینگ[3] -دو نظریه پرداز اصلی تئوری نمایندگی در علم اقتصاد-معتقدنـد مسـاله ی نماینـدگی در علم اقتصاد الزاما نیازمند وجود یک ارتباط مبنایی حقوقی همچون عقد وکالت نمـی باشـد؛بلکه

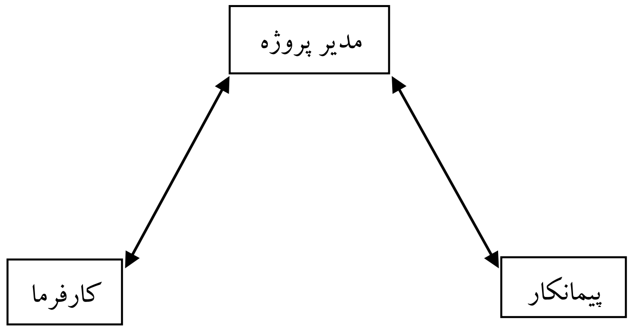
1-Agency Problem or Principal–Agent problem
2-Michael jensen
3-William meckling

هر زمان که تحقق منافع یک شخص(اصیل) به اقدامات شخص دیگری(وکیل) بستگی داشته باشد، مساله ی نمایندگی رخ دهد. (Jensen et al 1976: 4)به همین دلیل حتی در قرارداد پیمانکاری که هیچ مبنای نمایندگی حقوقی برای پیمانکار وجود ندارد و تنها تحقق منافع کارفرما منوط به اقدامات پیمانکار است نیز می توان مسئله ی نمایندگی را متصور شد. (Goldfayl 2004: 69) مسئلهٔ نمایندگی از آنجا مورد اهمیت است که عموما وکیل از اطلاعات بیشتری نسبت به موکل در امر مورد اجرا برخوردار است و این موضوع انگیزهٔ فرصت طلبی او را برمی انگیزد؛ به گونه‌ای که یا از کیفیت کار خود می کاهد و یا در صدد افزایش دریافتی خود با تحمیل هزینه‌هایی به اصیل بر خواهد آمد. (Toosi 2014:269-270) برای مقابله با این هزینه‌ها-که به «هزینهٔ نمایندگی[1]» شهرت دارند- حضور یک نهاد ناظر بر اقدامات شخص وکیل -در مواردی که صرفه ی اقتصادی داشته باشد-تا حد زیادی می تواند به رفع مشکل نمایندگی یا کاهش هزینه ی ناشی از آن کمک کند.(Toosi 2014:269-270)

تلقی حفاظت از منافع اصیل ممکن است این نکته را به ذهن مخاطب القا کند که نهاد ناظر به نوعی نماینده ی اصیل در نظارت بر اقدامات موکل محسوب می شود.برای آنکه به این اشکال پاسخ داده شود به مساله ی اصلی خودمان یعنی مدیر قرارداد پیمانکاری بر می گردیم.اصولا در قراردادهای پیمانکاری یکی از وظایف اصلی مدیر پروژه در کنار نظارت بر اقدامات پیمانکار و پیشرفت پروژه، حل و فصل اختلافات میان پیمانکار و کارفرما بصورت عادلانه و بر مبنای شروط قراردادی است.(Bailey 2011: 302-309) اگر تلقی حقوق ساخت و ساز از نظارت مدیر مقوله ی نمایندگی اصیل بود،بواسطه ی بیم جانبداری هیچگاه این وظیفه به وی محول نمی شد. مدیر پروژه تنها با سازماندهی اقدام پیمانکار در چارچوب قرارداد پیمانکاری منعقده با کارفرما-و نه آنطور که از نظر پیمانکار یا کارفرما مطلوب است- و الزام وی به انجام تعهدات قراردادی اش باعث می شود که پیمانکاری که تا پیش از این دست بالاتر را در قرارداد داشته است به یک تعادل قراردادی با کارفرما برسد و تحقق این تعادل قراردادی که به نفع کارفرماست، علی الظاهر مدیر پروژه را حافظ منافع کارفرما و به نوعی نماینده ی وی معرفی می کند؛ در حالی‌که این اقدام وی

1- Agency cost

به هیچ عنوان مفهوم جانبداری را در بر ندارد.بلکه یک اقدام منصفانه در جهت برقراری تعادل قراردادی و بر مبنای مفاد قرارداد است.[۱] به همین دلیل است که در دکترین حقوق ساخت و ساز هیچگاه از لفظ نماینده برای این نهاد استفاده نمی شود بلکه یک اصطلاح خنثی و بی طرف به نام مدیریت پروژه بکار می رود.



نمودار شمارهٔ یک- مدل ادارهٔ قرارداد در نظریهٔ مدیریت پروژه

با این حال مساله آن است که مدیر پروژه چه اوصاف و خصوصیاتی دارد و وضعیت این اوصاف در سردفتر به چه صورتی است.همچنین لازم است مشخص شود که چه تکالیفی بر عهدهٔ مدیر پروژه است و این تکالیف در فرآیند پیش فروش چه شکلی پیدا می کند و چگونه به سردفتر محول می گردد.ذیلا در دو بخش به این مسائل می پردازیم.

۲. ۱. اوصاف مدیر پروژه و تطبیق آن با ویژگی‌های سردفتر

نویسندگان حقوق ساخت وساز برای انجام وظایف مدیر قرارداد،تعهدات متعددی را برای وی قابل تصور می دانند.در این میان سه تعهد مطرح شده است که به نظر می رسد بهتر است با عنوان اوصاف و خصوصیات مدیر مطرح گردند: (Bailey 2011: 314-328) وظیفهٔ عمل منصفانه و بی طرفانه[۲]، وظیفهٔ عمل متخصصانه[۱] و وظیفهٔ عمل بر طبق قرارداد.[۲] این سه تعهد بطور خلاصه مدیر

۱-در این خصوص شایان ذکر است که در نظر دکترین حقوق ساخت و ساز عمل بر طبق قرارداد و اشراف بر محتوای آن مهمترین تعهدی است که اداره کننده باید در یک قرارداد پیمانکاری ایفا نماید. (Bailey 2011: 314-316)

2- Duty to act fairly and impartially

را مکلف می کنند که در تمامی تصمیمات خود بصورت تخصصی–در مواردی‌که تخصص کافی ندارد با استفاده از نظریهٔ کارشناسی–و در چارچوب قرارداد منعقده میان طرفین اظهار نظر نموده و جانب انصاف را بطور کامل رعایت نماید.(Jaberi 2017:53-57) این تعهدات سه ویژگی هستند که میتوان آنها را بصورت بسیار قوی تر در شخصیت سردفتر حقوق نوشته–موسوم به سردفتر لاتین[3]– مشاهده کرد.یک مقایسه میان سردفتران حقوق نوشته و حقوق کامن لا این گزاره را به خوبی اثبات می کند.اساسا در نظام های حقوق نوشته اشخاصی صالح در تصدی منصب سردفتری می باشند که به عنوان یک متخصص در علم حقوق شناخته شوند؛با این حال صرف این تخصص نیز کافی نیست،بلکه پس از قبولی در آزمون سردفتری نیازمند گذراندن دوره ی کارآموزی و آموزش عملی نیز می باشند. (Malavet 1996: 433) این موضوع سردفتران حقوق نوشته را به یک متخصص تمام عیار در امر تنظیم قرارداد مبدل می کند.علاوه بر این اعطای وظیفه ی تنظیم قرارداد به سردفتر باعث می شود نسبت به زیر و بم قرارداد آگاهی کامل داشته و به راحتی بتواند نقش مفسر قرارداد را ایفا نماید.(Keisandokht 2012: 143-144) این در حالی است که صلاحیت نهاد سردفتر در نظام حقوق کامن لا به‌واسطهٔ آن‌که محدود به امور جزئی همچون صدور گواهی امضا، تصدیق استشهادیه می‌باشد، یک نقش منفعل محسوب شده نیاز به تخصص چندانی ندارد.بطوریکه ممکن است اشخاصی که سررشته ای از علم حقوق ندارند به این سمت انتخاب شوند. (Keisandokht 2012: 142) در کنار این موضوع آنچه که سردفتر لاتین را از دیگر مشاغل حقوقی همچون وکالت متمایز می سازد «بی طرفی» اوست.سردفتر لاتین نماینده ی هیچیک از طرفین نیست؛بلکه نماینده ی عموم یا به تعبیر پدرو مالاوت[4] –نظریه‌پرداز حقوق سردفتران لاتین–نمایندهٔ قانون است.(Malavet 1996: 487) این ویژگی یکی از اوصاف قضات است و شاید به همین دلیل است که به سردفتر لاتین قاضی صلح گفته می شود. (Tabatabai Hesari 2017:146-147) او باید با دقت و بصورت یکسان به طرفین مشاوره دهد و با شفاف سازی آثار حقوقی قرارداد منعقده،تحریک و اغوای هریک از طرفین را نسبت به طرف مقابل در

1- Duty to act with due skill and care
2-Duty to act in accordance with the contract
3-Civil Law Notary or Latin Notary
4-Pedro Malavet

انعقاد قرارداد خنثی نماید.(Ghassemi 2009:205) برای حفظ این بی طرفی سردفتر لاتین نـه تنهـا قبل از انعقاد قرارداد نمی تواند سمت نمایندگی هریک از طرفین را داشته باشد حتی پـس از انعقـاد قرارداد هم نمی تواند در سمت نماینـدگی قـرار گیـرد.این موضع باعـث مـی شـود کـه وی دچـار تعارض منافع نشده و در نهایت بی طرفـی در صـدد حصـول عـدالت قـراردادی برآیـد. (Malavet 1996: 486-487) قوت اوصاف مذکور در سردفتر حقـوق نوشـته حـاکی از وجـود یـک توانـایی بالقوه در مدیریت فرآیند پیش فروش است.

۲. ۲. تکالیف مدیر پروژه و تطبیق آن در فرآیند پیش فروش

در تشریح تکالیف مدیر پروژه از عمل تصدیق و داوری به عنوان دو وظیفۀ محوری در راستای نظارت و حل و فصل مشکلات پیش آمده در روابط پیمان کار و کارفرما یاد می شود.(Goldfayl 2004: 69)ذیلا ضمن تشریح این وظایف، چگونگی اعمال آنها در فرآینـد پـیش فـروش بـا نقـش محوری سردفتر جهت حل آسیب های پیش آمده مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲. ۲. ۱. عملیات تصدیق

در قراردادهای پیمانکاری یکی از وظایف اصلی مدیر پروژه عمل تصدیق است؛بدین معنـا کـه مطالبات پیمانکار از جانب کارفرما زمانی پرداخـت مـی شـود کـه اقـدامات و ارزش کـار صـورت گرفته توسط وی از جانب مدیر پروژه تاییـد شـود.(Godwin 2015:45) جالـب توجـه اسـت کـه یکی ملزومات کارکرد تصدیق،در کنار تسلط بر مباحث فنی، لزوم آشنایی مدیر به مباحث حقوقی برای تفسیر قرارداد است و عدم آشنایی مدیران پروژه ی پیمانکـاری یکـی از دغدغـه هـای اصـلی دکترین حقوق سـاخت و سـاز قلمـداد مـی شـود. (Bailey 2011: 305) دغدغـه ای کـه در مـدل سردفتر به مثابه ی تصدیق کننده در فرآیند پیش فروش کـاملا پوشـش داده مـی شـود و همکـاری سردفتر-به عنوان بعد حقوقی تصدیق- و مهندس ناظر-به عنوان بعد فنی تصـدیق- فرآینـد تصـدیق را به نقطه ی کارآمد می رساند.بدیهی است در مواردی که نظر مهنـدس نظـر کارشناسـی مهنـدس ناظر بر خلاف میزان پیشرفت پروژه باشد، در قبال خسارات وارده مسئولیت مدنی دارد. (Bastani Namaghi et al 2018: 82)

برای پیاده سازی فرآینـد تصـدیق در قـرارداد پـیش فـروش لازم اسـت تغییراتـی در آن اعمـال شود.گفتنی است اساسـا در فرآینـد تصـدیق مـدیریت پـروژه صـرفا بررسـی ابعـاد حقـوقی و فنـی

پیشرفت پروژه مورد بررسی قرار می گیرد و مراودات مالی میان پیمانکار و کارفرما بدون هیچگونه واسطه ای بصورت مستقیم انجام می شود. اما استفاده از روش پرداخت مستقیم هیچگاه مورد توصیه دکترین حقوق پیش فروش نبوده است.زیرا باعث عدم شفافیت در پرداخت می شود و در صورت تخلف پیش فروشنده در ایفای تعهدات استرداد حتی با دستور دادگاه کار آسانی نیست. (Bastani Namaghi et al 2018: 95) در مقابل افزایش تشریفات از طریق الزام به گشایش حساب بانکی نیز –همانطور که پیشتر گفته شد –موضوعی است که پیش فروشنده را برای توسعهٔ ساخت و ساز دلسرد می‌سازد و نمی‌تواند کارآمد باشد.در این میان منطق تعادلی که هم منافع پیش فروشنده و هم منافع پیش خریدار را تامین سازد مداخلهٔ یک نهاد واسط برای سازماندهی پرداخت هاست.حقوق فرانسه از جمله کشورهایی است که برای سازماندهی نظام پرداخت به این راهکار روی آورده است. برای مثال پس از انعقاد قرارداد پیش فروش،اصولا پیش خریدار متعهد به پرداخت پنج درصد ثمن قرارداد به عنوان پیش پرداخت می گردد.(Schmid et al 2005: 75) در این خصوص اولا:سردفتر می تواند در هر زمانی پس از انعقاد قرارداد پیش خریدار را ملزم به پرداخت این مبلغ نماید؛ ثانیا مبلغ پنج درصد به عنوان وجه الضمان به حساب سپرده ای به نام دفترخانهٔ تنظیم قرارداد واریز شده و تا زمان ایفای کامل تعهدات از جانب پیش فروشنده و انقضای مدت زمان تضمین عیوب و نقایص ساختمان در همان حساب مسدود می گردد[1]. (Glock 2004: 47-48) همچنین در نوعی از قراردادهای پیش فروش با عنوان«بیع در زمان حاضر با شرط تکمیل در آینده[2]» در راستای شفافیت در پرداخت و بررسی مراحل تکمیل پروژه توسط سردفتر، اقساط ثمن قرارداد می‌تواند از طریق حساب سپرده ی مذکور به پیش فروشنده پرداخت می گردد[3]. با این

۱- R. 261-28(Code de la construction et de l'habitation) Le montant du dépôt de garantie ne peut excéder 5% du prix prévisionnel de vente si le délai de réalisation de la vente n'excède pas un an ; ce pourcentage est limité à 2% si ce délai n'excède pas deux ans. Aucun dépôt ne peut être exigé si ce délai excède deux ans.

۲- بر اساس ماده ۳-۱۶۰۱ قانون مدنی فرانسه قراردادی است که به موجب آن فروشنده کلیه ی حقوق خود نسبت به ملک موجود را به خریدار منتقل می کند و ضمن آن متعهد به ساخت و ساز می باشد.در نتیجه ی این قرارداد هر آنچه که در آینده ساخته می شود بطور خودکار وارد مالکیت خریدار می شود .برخی از نویسندگان به اشتباه اصطلاح بیع آینده را ترجمه ای برای این نوع پیش فروش برشمرده اند؛در حالیکه در این قالب، بیع در زمان حال اتفاق می افتد و نه آینده.در این خصوص رک: Valavion 2002:38

3- L. 212-11(Code de la construction et de l'habitation)- La cession de parts peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie, un

اقدام از طرفی پیش خریدار بیم عدم شفافیت پرداختی و امکان مطالبه ی مبلغ بیش از قرارداد را نخواهد داشت و از طرف دیگر پیش فروشنده نیز برای دریافت پرداختی لیست اقدامات و ارزش کارهای صورت پذیرفته را به سردفتر ارائه می دهد و پس از تطبیق با مفاد قرارداد و اطمینان از اینکه پروژه مطابق قرارداد پیش می رود پرداختی از جانب سردفتر به وی صورت می پذیرد. (Glock 2004: 47-48)

در هلند، قرارداد پیش فروش مرکب از قرارداد انتقال مالکیت زمین بعلاوهٔ هزینهٔ ساخت‌وساز خواهد بود. معمولاً پرداخت در لحظه انتقال مالکیت زمین و در ادامه ساخت و ساز به صورت اقساطی صورت می‌گیرد. ثمن خرید زمین به حساب امانی سردفتر واریز می شود. (Ploeger etal 2005:30) همچنین مطابق مادهٔ ۷-۷۶۷ قانون مدنی اقساط مطابق پیشرفت پروژه –توافق طرفین تا سقف ده درصد بر اساس پیشرفت پروژه معتبر شناخته می‌شود- به‌حساب سپرده سردفتر واریز می‌گردد و از طریق این حساب به پیش‌فروشنده واریز می‌گردد.[۱]

اگرچه همین میزان اثرگذاری هم برای اثر اعتبار حساب سپرده کافیست اما لازم به ذکر است که آثار این حساب سپرده به همین میزان محدود نمی شود.یکی از تکالیف سردفتر در داد و ستدهای ملکی اطمینان دهی به خریدار نسبت به کسب مالکیتی عاری از هرگونه نقص حقوقی همچون وثیقه،بدهی های مالیاتی و غیره است.با این حال با توجه به آنکه در قراردادهای پیش

associé s'engage à céder ses parts à un cessionnaire moyennant un prix fixé dans ledit contrat. Le contrat préliminaire doit comporter toutes indications relatives à la constitution de la société, à la consistance et aux conditions techniques d'exécution des travaux et aux conditions financières de l'opération. Le dépôt de garantie doit être effectué à un compte spécial ouvert au nom du réservataire dans une banque ou un établissement spécialement habilité à cet effet ou chez un notaire.

R. 261-29(Code de la construction et de l'habitation)- Le dépôt de garantie est fait à un compte spécial ouvert au nom du réservataire dans une banque ou un établissement spécialement habilité à cet effet ou chez un notaire. Les dépôts des réservataires des différents locaux composant un même immeuble ou un même ensemble immobilier peuvent être groupés dans un compte unique spécial comportant une rubrique par réservataire.

1- Artikel 767- De opdrachtgever kan slechts worden verplicht tot het doen van betalingen die, althans bij benadering, overeenstemmen met de voortgang van de bouw of met de waarde van de aan hem overgedragen goederen, behoudens dat kan worden bedongen dat hij ter verzekering van de nakoming van zijn verplichtingen een bedrag dat niet hoger is dan 10% van de aanneemsom, in depot stort bij een notaris dan wel voor dit bedrag vervangende zekerheid stelt. Het teveel betaalde geldt als onverschuldigd betaald.

فروش اصولا تامین سرمایه از طریق وثیقه گذاردن ملک یـک امـر مرسـوم اسـت Schmid et al) (78 :2005 ،پرداخت مستقیم به پیش فروشنده این ریسک را برای خریدار به همراه دارد کـه ثمـن قرارداد پرداخت شود و ملک در وثیقه باقی بماند.برای مقابله با این ریسـک، پرداخـت بـه سـردفتر باعث می شود که او در حین بررسی نسبت به مطالبات ملکی ابتدائا سعی در پرداخت دیون و فـک ملک نماید و پس از آن باقی مانده را به فروشنده پرداخـت نمایـد. (Schmid et al 2005: 76) بـه همین ترتیب این اطمینان به پیش خریدار هم داده می شود که پس از تکمیل پـروژه سـاخت و سـاز و تحویل واحد، مالکیتی عاری از هرگونه حقوق معارض بدست آورده است.

با توجه به تخصص فنی مهندس ناظر و تخصص حقوقی سـردفتر بـه نظـر مـی رسـد در حقـوق ایران نقش مدیریت پروژه برای تصدیق فرآیند پیش فروش را مـی تـوان بـر اسـاس راهکـار سـابق لایحهٔ پیش فروش مبنی بر مشروط ساختن پرداخت به گزارش فنی مهندس ناظر –به عنوان بعد فنی تصدیق- در کنار تطبیق گزارش پیشرفت با مقـاد قـرارداد توسـط سـردفتر-بـه عنـوان بعـد حقـوقی تصدیق- سازماندهی نمود.

اما استفاده از نهـاد سـردفتری در جهـت شـفافیت و کـاهش ریسـک پرداخـت از طریـق افتتـاح حسابی واسط به نام دفترخانه اسناد رسمی در نظام حقوقی ایران با چالش هایی مواجـه اسـت . زیـرا در در حقوق ایران دفاتر اسناد رسمی فاقد شخصیت حقوقی مستقل می باشند و ایـن سـردفتر اسـت که مستقیما به عنوان نمایندهٔ حاکمیت رسالتهای محوله را انجام می دهـد و ایـن شـخص نسـبت بـه کلیهٔ اشخاص شاغل در دفتر خانه مسئولیت مستقیم دارد.(Seyedi Arani 2019:313) موضعی کـه باعث می شود نتوان راهکار حقوق فرانسه در باب گشایش حساب مستقل به نام دفتر اسـناد رسـمی را در حقوق ایران را اجرا کرد و اگر هم قرار به افتتاح حساب سپرده به نام سردفتر باشد مشـکلات حقوقی جدیدی همچون تعیین تکلیف این حساب در وضعیت فوت سردفتر، اعسار و... بوجود مـی آورد و علاوه برآن در فرض عدم وجود این مشکلات نیز افتتـاح ایـن حسـاب بـه نـام سـردفتر مـی تواند منافع اقتصادی ای را برای وی به همراه داشـته باشـد کـه ممکـن اسـت مصـداقی از داراشـدن ناعادلانه محسوب شود.

هر چند برخی حقوق دانان سعی در استنباط شخصیت حقوقی برای دفاتر اسناد رسمی بر اساس

موارد یک و دو قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴ نموده اند [۱] (Abasi Dakani 2008:30; Darvishi et al 2011:83; Foroutani Rad,2013:134) اما بی تردید صرف تعیین جایگاه اداری دفاتر در ساختار اداری نمی تواند مبنای احراز شخصیت حقوقی برای دفاتر اسناد رسمی قرار گیرد. باید توجه داشت یکی از اشکال ارائه خدمات عمومی انجام آن توسط بخش غیر دولتی و با نظارت دولت است که تحت عنوان ماموران عمومی خطاب می شوند. ماموران عمومی به دو دسته تقسیم می شوند : دسته اول مامورانی هستند که به طور مستقیم بخشی از حاکمیت بوده و ماموران (کارمندان) دولتی خطاب می شوند دسته دوم مامورانی هستند که به طور «غیر مستقیم» بخشی از حاکمیت بوده و تابع سلسله مراتب اداری نمی باشند هر چند مقام عمومی محسوب می گردند و هیچ کدام دارای شخصیت حقوقی مستقل نیستند. سردفتران در دسته دوم قرار می گیرند. به هر حال مباحث مربوط به مامور عمومی بودن سردفتران به خوبی نشان می دهد که ساختاری که نظام حقوقی ایران برای واگذاری وظایف حاکمیتی به سردفتران مورد استفاده قرار داده است در قالب مامور عمومی بودن سردفتر است و نه شخصیت حقوقی متعلق به حقوق عمومی. لذا هیچگاه دفترخانه به عنوان یک شخصیت حقوقی دارای حقوق و تکالیف محسوب نشده و همواره سردفتر است که به عنوان مأمور مستقیم حاکمیت در تنظیم اسناد رسمی محسوب شده و حقوق و تکالیف،له یا علیه شخص سردفتر ایجاد می شود، لیکن استفاده از تجربه کشورهای همچون فرانسه امکان ایجاد ظرفیت هایی برای اعطاء شخصیت حقوقی به دفترخانهٔ اسناد رسمی را ایجاد می نماید که می توان با اصلاح قوانین، از این ظرفیت ها بهره برده و شخصیت دفتر اسناد رسمی را دارای حقوق و تکالیف دانسته و حق گشایش حساب به آن اعطا کرد.در چنین فرضی نهاد سردفتری به عنوان واسط تبادلات مالی طرفین در قرارداد پیش فروش قابل استفاده خواهد بود.

۲. ۲. ۲. داوری در اختلافات

قضازدایی در تعریف برخی صاحب‌نظران (به عنوان مکانیزمی در جهت محدود نمودن

۱- ماده ۲ - اداره امور دفترخانه اسناد رسمی به عهده شخصی است که با رعایت مقررات این قانون بنا به پیشنهاد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور باجلب نظر مشورتی کانون سردفتران و به موجب ابلاغ وزیر دادگستری منصوب و سردفتر نامیده می‌شود.

صلاحیت نهادهای دستگاه قضایی به نفع سایر نهادها و روشهای رسیدگی تعریف شده است). (Najafi Abrand Abadi etal 1998:381) بی تردید حل و فصل اختلافات از طریق نهاد داوری، یکی از مهمترین راهکارها در راستای قضازدایی است. (Farhadi etal 2021:60)در قراردادهای ساخت و ساز، مراجعه به داور در راستای حل اختلاف میان پیمانکار و کارفرما یکی از ارکان اصلی قراردادها به‌شمار می‌آید و در تمامی قراردادهای نمونهٔ فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور(فیدیک[1])-که به عنوان قراردادهای الگو در صنعت ساخت و ساز محسوب می شوند-بند ارجاع به داوری وجود دارد.(Godwin 2020: 206) در قراردادهای مدرن پیمانکاری،نقش مدیر در حل و فصل اختلافات میان کارفرما و پیمانکار کمرنگ شده است اما هنوز هم پروژه‌هایی چه در سطح داخلی و چه بین المللی وجود دارد که مدیر پروژه صلاحیت حل اختلاف هم داشته باشد.(Bailey 2011: 308) مبنای این صلاحیت آن است که مدیر پروژه بیش از هر شخص دیگری، درگیر فرآیند پروژه و چگونگی پرداختی ها بوده است و به همین دلیل بهتر از هر شخص دیگری می تواند اختلاف پیمانکار و کارفرما را داوری کند.(Bailey 2011: 308) در واقع از آنجا که داور بایستی در مقام قاضی مبادرت به فیصلهٔ اختلاف و صدور رأی لازم الاجرا نماید(Shiravi 2021:7)، بنابراین داوری بایستی به شخصی ارجاع شود که تخصص کافی در کنار آگاهی جامع از مفاد اختلاف را داشته باشد. امری که به نوعی توجیه گر حضور سردفتر تنظیم کننده ی قرارداد در امر داوری میان پیش فروشنده و پیش خریدار نیز می باشد. در نظام‌های حقوق نوشته که نهاد سردفتری به سردفتری لاتین مشهور است،بواسطه ی آنکه سردفتر در تنظیم عادلانه مفاد قرارداد و ارائه ی مشاوره های پیش قراردادی نقش پررنگی داشته (25th International Congress of Notaries 2007: 1-3) و به عنوان متخصص حقوقی آگاهی کامل نسبت رابطهٔ پیش فروشنده و پیش خریدار ،به نظر می رسدهیچ شخصی بهتر از سردفتر نمی تواند در قامت یک داور ، درصدد قضاوتی عادلانه و تخصصی منطبق بر مفاد قرارداد جهت حل اختلاف طرفین قرارداد پیش فروش برآید. در این خصوص به عقیدهٔ برخی صاحب‌نظران، از آنجا که دسترسی عمومی به دفاتر اسناد رسمی به راحتی امکان‌پذیر است؛ از حیث زمان رسیدگی به امور ارجاعی

1-International Federation of Consulting Engineers(FIDIC)

در مقایسه با مراجع قضایی فعلی می توانند از موقعیت ویژه برخوردار باشند؛ چرا که تشریفات رسیدگی پیچیده و سخت گیر وجود ندارد و بصورت مداوم تحت نظارت درون سازمانی و برون سازمانی قرار دارند، به عنوان یک نهاد شبکه قضایی ممتاز تلقی می‌شوند. (Mirhoseini 2012: 34-36) بر همین اساس، تا جایی پیش رفته‌اند که معتقدند با توجه به گستردگی دفاتر اسناد رسمی در شرایط فعلی در سراسر کشور، فعال کردن آنها به عنوان نهادهای شبه قضایی نیازمند حداقل هزینه است و از آنجا که دفاتر اسناد رسمی به لحاظ طبع کار و وظایف، سنخیت لازم را با امور محوله داشته و می‌توانند جایگزین مناسبی برای نهادها و دستگاه‌های رسمی قضایی فعلی در امور رسیدگی به دعاوی باشند.(ibid)

در کنار شایستگی سردفتر در رسیدگی به پرونده‌های اختلافات پیش‌فروش، هزینهٔ رسیدگی و اجرای رأی به مراتب کمتر از داوری خواهد شد که هم اکنون در مقررات پیش فروش پیش‌بینی شده است. چراکه به جای هزینه رسیدگی سه‌داور، هزینهٔ یک داور پرداخت خواهد شد و رأی صادره توسط وی به عنوان یک سند لازم‌الاجرا در معنای خاص محسوب می‌شود که می‌تواند از طریق اجرای ثبت به سرعت و بدون پرداخت هزینه مورد پیگیری و اجرا قرار گیرد. . با این حال مسألهٔ اولیه آن است که آیا داوری سردفتر در نظام حقوقی کنونی ایران، مجاز است؟ در این خصوص نظریه مشورتی شماره ۷/۱۲۵۸ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۵ اداره کل حقوقی قوه قضائیه استفاده دادگاه‌های حقوقی از سردفتران و دفتریاران اسناد رسمی به‌عنوان داور در اختلافات راجع به املاک را بلااشکال دانسته است.[۱]

مسألهٔ دوم که به عنوان یکی از اشکالات داوری سردفتر می‌تواند مطرح شود، آن است که از آنجا که سردفتر در امور ساخت وساز تخصصی ندارد چگونه می‌تواند به اختلافات مربوطه

۱- پرسش: آیا دادگاه‌ها می‌توانند از سردفتران و دفتریاران رسمی در اختلافات راجع به املاک به‌عنوان داور استفاده کنند؟
پاسخ: در مقررات قانونی راجع به داوری منعی در جهت انتخاب و پذیرش سمت داوری از ناحیه سردفتران و دفتریاران وجود ندارد؛ لذا انتخاب آنان به‌عنوان داور در چارچوب مقررات راجع به تعیین داور بلااشکال است و با توجه به اینکه انتخاب و تعیین داور یا داوران در قراردادها و اختلافات حقوقی راجع به آن‌ها اعم از اینکه راجع به املاک باشد یا غیر آن از حقوق و تکالیف قراردادی اصحاب دعوی است و دخالت دادگاه‌ها صرفاً برای تعیین داور طرف ممتنع فقط در چارچوب مقررات مربوط از جمله مواد ۴۵۹ به بعد قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ به درخواست ذی‌نفع انجام می‌شود؛ لذا استفاده دادگاه‌های حقوقی از سردفتران و دفتریاران اسناد رسمی به‌عنوان داور در اختلافات راجع به املاک در موارد قانونی بلااشکال به نظر می‌رسد.

رسیدگی کند. .پاسخ نظریهٔ مدیریت پروژهٔ پیمانکاری برای رفع این اشکال آن است که حتی مدیران پروژهٔ پیمانکاری که اصولا معمار یا مهندس عمران است نیز ممکن است تخصص کافی در امر مورد قضاوت را نداشته باشند.(Jaberi 2017:52) لذا همانطور که در ماده ی ۴۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی نیز تصریح شده است، مشورت با کارشناس توسط داور امر غیر معمولی نیست[1].

نتیجه گیری

مباحث آسیب شناسی در حوزهٔ پیش فروش حاکی از آن است که دو مسألهٔ اصلی در رابطهٔ میان خریدار و فروشنده بحث نظارت بر پرداخت‌ها و داوری در اختلافات است. این مسائل که ناشی از رابطهٔ مستمر میان فروشنده و خریدار می‌باشد، حضور یک نهاد ناظر برای ادارهٔ فرآیند پیش فروش را ضروری می کند است. در قراردادهای پیمانکاری ساخت و ساز این مسأله تحت عنوان تئوری مدیریت پروژه مطرح می‌شود که بر اساس آن جهت جلوگیری از هزینهٔ نمایندگی فروشنده، لازم است به عنوان مدیر فرآیند ساخت و ساز در این سمت قرار گیرد که تسلط کافی بر موضوع داشته و بتواند پروژه را بر مبنای قانون و مفاد قرارداد اداره کند و در عین سرعت، دقت کافی را داشته باشد. مطابق نظریهٔ مذکور، در نظام حقوقی ایران تنها نهادی که با ویژگی های مدیر در نظریه ی مدیریت پروژه پیمانکاری تطبیق نموده و می تواند متصدی این امر شود به گونه‌ای که کمترین هزینه را به متعاقدین تحمیل کند، سردفتر تنظیم کنندهٔ قرارداد است.بر این اساس پیشنهاد این پژوهش به قانونگذار و سیاستگذاران حوزه ی پیش فروش بر مبنای نظریه مدیریت پروژه در سه بند ارائه می شود:

الف- تعهد پیش خریدار به پرداخت قسط، به ارائهٔ گزارش مهندس ناظر در باب پیشرفت فنی پروژه و تطبیق آن با مفاد قرارداد از جانب سردفتر منوط گردد.

ب-بجای استفاده از قبوض اقساطی در پرداختی ها -که باعث ارتباط مستقیم مالی میان پیش

۱- طرفین باید اسناد و مدارک خود را به‌داوران تسلیم نمایند. داوران نیز می‌توانند توضیحات لازم را از آنان بخواهند و اگر برای اتخاذتصمیم جلب نظر کارشناس ضروری باشد، کارشناس انتخاب نمایند.

فروشنده و پیش خریدار می شود-و یا استفاده از یک حساب تحت نظارت بانک-که هزینه ی معاملاتی را افزایش می دهد-از راهکار حساب سپرده دفتر اسناد رسمی استفاده نمایند. در این راستا ضمن اصلاح قوانین در راستای اعتبار شخصیت حقوقی دفترخانه اسناد رسمی و اعطای حق گشایش حساب به این شخصیت لازم است ازیکسو پیش خریدار مکلف به واریز اقساط به حساب مذکور شود و از سوی دیگر پرداخت به پیش فروشنده منوط به بررسی وضعیت پروژه و تصدیق انجام تعهدات مندرج در قرارداد توسط سردفتر باشد.

ج-با توجه به اهمیت سرعت و ارزان بودن فرآیند رسیدگی به اختلاف پیش خریدار و پیش فروشنده پیشنهاد می شود هیات سه نفره ی داوری به یک نفر تقلیل یابد.همچنین با توجه به تخصص و تسلط کافی سردفتر بر مفاد قرارداد پیش فروش و تاکید بر لزوم بی طرفی به عنوان یکی از بایسته‌های اخلاق حرفه ای سردفتران،بجای استفاده از داور مرضی الطرفین یا تعیین داور توسط رئیس دادگستری،سردفتر تنظیم کننده ی سند پیش فروش به عنوان داور در حل اختلاف بین طرفین منصوب گردد.

Refrences

[1] Abasi Dakani, Kh.(2008), *Deeds Registration Law*,Tehran:Mizan[in Persian]

[2] Allensworth,W Ross J.,A., Overcash, A. , and Patterson, C.(2009), *Construction Law*, Chicago:American Bar Association.

[3] Azimi Zadeh, M.(2016), *The Comparison Between Enforcement of Civil Verdicts and*

[4] *Enforcement of Enforceable Documents*, Faculty of Law & Political Science, Allameh tabatabaei University[in Persian]

[5] Bailey,J.(2011) ,*Construction Law*,Oxon:Routledge.

[6] Bastani Namaghi, R., Piri, J., Rahmani, A.S., Mohammadi, M.R.(2018), *Analysis and pathology of building pre-sale law*, Tehran: Press and Publication Center of the Judiciary.[in Persian]

[7] Davoudabadi, M.(2017), "Pathology of pre-sale law with a look at French law", *Journal of Eda'lat Private Law*,4(8),29-56[in Persian]

[8] Darvishi, B. & Mohseni, V.(2011), "A look at how to select and qualify notaries in Iranian and French legal systems", *Azad Law Researches Quarterly*, 4(14),76-116. [in Persian]

[9] Eftekhar Jahromi, G., abdolkarimi, H. (2018). "Studying of theories issued in nature of pre_sale contract with the focus on Building Pre_sale Act (Enacted in 2011)", *Journal of Law Research*, 21(81), 11-33. [in Persian]

[10] Farhadi, H., Shams, A. (2022), "Judiciary through the quasi-judicial authorities of the Judge of the Dispute Resolution Council", *Culmination of*

Law, 7(4), 54-83[in Persian]
[11] Foroutani Rad, H.(2013),*A Study of the Position of Notaries from the Perspective of Public Law,* M.A thesis, Faculty of Law & Political Science, Islamic Azad University(Central Tehran Branch). [in Persian]
[12] Ghassemi, M.(2009), *Formalism in Civil Law,* Tehran:Mizan[in Persian]
[13] Glock, S. (2004), *Real property Law project- France*, EUI-Real Property Law, European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum,Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg.
[14] Godwin, William(2015), *International Construction Contracts: A Handbook*, translated in Persian by M.S. Jaberi,Tehran:Tisa[in Persian]
[15] Godwin, W. (2020) , *The 2017 FIDIC Contracts*, Hoboken:Wiley.
[16] Goldfayl, G.(2004), *Construction contract administration*,Sydney: University of New South Wales Press Ltd.
[17] Islamic Parliament Research Center (IPRC)(2008), *Expert opinion on the building pre-sale bill*", available at: https://rc.majlis.ir/en/report/show/731035, <last visited: 17/11/2021>,[in Persian]
[18] Jaberi, M.S(2017),*Construction Law*,Tehran:Mizan.[in Persian]
[19] Jensen, M. and Meckling,W.(1976), ”Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, Journal of Financial Economics,3(4),305-360 .
[20] Katouzian, N.(2017),*Iranian Civil Law. Specific Contracts*, Vol 1,Tehran: Enteshar Co. [in Persian]
[21] Keisandokht, Gilda(2012), “The Role of the Notary in Development of National Legal Order”, *Quarterly Journal of Private Law Research*,1(2), 137-165[in Persian]
[22] Khodarahmi, N.(2012), *apartment pre-sale Contract in Iranian law*,M.A tehsis,Faculty of Law & Political Science,Allameh Tabatabai University[in Persian]
[23] Malavet, P.(1996), “Counsel for the Situation: The Latin Notary, A Historical and Comparative Model”, *Hastings Int'l & Compo L. Rev.*,19(3), 389-488.
[24] Mirhoseini, S.H.(2012) *Description of the decisions of the Supreme Council of Registration*, Tehran:Mizan[in Persian]
[25] Mousavi, S. and , Zeheiri, A. (2016),”Review pre-sales contracts and building partnership law in Iran”, *International Journal of Humanities and Cultural Studies*, Special Issue (April 2016),2659-2663.
[26] Najafi Abrand Abadi,A.,Hashem beige,H.,(1998), *Encyclopedia of Criminology*,Tehran:SBU Publisher[in Persian]
[27] Nazemi,S.(2009),“ Installment receipt and the dignity of its issuance”, *Kanoon Journal*,N. 96. [in Persian]
[28] Ploeger,H., van Velten,A. and Zevenbergen,J.(2005), Real Property Law and Procedure in the European Union(Report for the Netherlands), European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum,Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg.
[29] Safai,S. (1998). A few words about the innovations and shortcomings of international commercial arbitration act, Law & Political science Journal,N.

40, 5-39[in Persian]
[30] Sarvi, M.B.(2011),"Analysis of the position of arbitration in the law of pre-sale of buildings", *Qezavat Journal*, N. 70, 6-8[in Persian]
[31] Schmid, H.,Hertel,C. and Wicke,H.(2005), *Real Property Law and Procedure in the European Union*, EUI-Real Property Law, European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum,Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg.
[32] Seyedi Arani, S. (2019). "IRAN'S NOTARY OFFICES AND THE NEED TO REVIEW THEIR IMPLEMENTATION METHOD", *Law Quarterly*, 49(2),311-328. [in Persian]
[33] Shams, S.(2019), *Ways of Execution of Civil Judgments*, Tehran:Derak[in Persian]
[34] Shiravi,A.(2021),*International Commercial Arbitration*,Tehran:Samt[in Persian]
[35] Sokouti, N., Hoseinzadeh, J. (2017). "Nature, Features and Jurisdiction of Arbitration in Building Pre-sale Act", *Private Law*, 14(2), 283-307[in Persian]
[36] Tabatabai Hesari, N.(2014). *Basics and the effects of the land registry system*, Tehran: Enteshar Co.[in Persian]
[37] Tabatabai Hesari, N.(2017), *The role and function of the Deeds and Real Estate Registry Organization and its Authorities*, Tehran: Press and Publication Center of the Judiciary. [in Persian]
[38] Toosi, A.(2014), *Economic Analysis of Corporate Law*, Tehran: Shahre Danesh Press. [in Persian]
[39] Tabatabai, S.(2017) ,"The Nature, Terms and Legal Effects of Presale or Pre-Construction Contracts of Building (Apartment)", *Journal of Politics and Law*, 10(1): 228-233.
[40] 25th International Congress of Notaries."Theme I:The Notarial act as an instrument of developement in society", available online: <https://www.uinl.org/documents/20181/73053/temai-conclusiones_en/f4130b2e-10c4-4d88-af65-eaaf7f39cbb5>, Accessed at 2021/2/2, (2007).
[41] Valavion,R.(2002) "Sale of unbuilt apartments", *Law and Politics Research*, No. 4,31-44[in Persian]
[42] Zare,M., Salimi,M. (2015). "Introduction to Arbitration in International Commercial Litigation", *Journal of Law and Politics*, 11(4), 47-64. [in Persian]
[43] Zarnegar, F.(2006), *Pre-sale contract of the building*, Faculty of Law, Shahid Beheshti University. [in Persian]